

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

## COMUNICADO No. 55

Diciembre 2 de 2015

**LA FALTA DEL PADRE O MADRE POR CAUSA DE ENFERMEDAD MENTAL O PSÍQUICA, PARA MANIFESTAR SU CONSENTIMIENTO EN DAR UN HIJO EN ADOPCIÓN, SOLO SE TENDRÁ POR ESTABLECIDA CUANDO POR DICTAMEN DEL INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, SE CONCLUYA EN LA IMPOSIBILIDAD DE QUE DICHO CONSENTIMIENTO SE OTORQUE DE MANERA IDÓNEA Y VÁLIDA**

### **I. EXPEDIENTE D-10813 - SENTENCIA C-741/15 (Diciembre 2)**

M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

#### **1. Norma acusada**

##### **LEY 1098 DE 2006**

(Noviembre 8)

*Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*

**ARTÍCULO 66. DEL CONSENTIMIENTO.** El consentimiento es la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente. Para que el consentimiento sea válido debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Que esté exento de error, fuerza y dolo y tenga causa y objeto lícitos.
2. Que haya sido otorgado previa información y asesoría suficientes sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de la decisión.

Es idóneo constitucionalmente cuando quien da el consentimiento ha sido debida y ampliamente informado, asesorado y tiene aptitud para otorgarlo. Se entenderá tener aptitud para otorgar el consentimiento un mes después del día del parto.

A efectos del consentimiento para la adopción, se entenderá la falta del padre o la madre, no solamente cuando ha fallecido, **sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica** certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer. Tampoco lo tendrá el consentimiento que se otorgue en relación con adoptantes determinados, salvo cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante.

Quien o quienes expresan su consentimiento para la adopción podrá revocarlo dentro del mes siguiente a su otorgamiento.

Los adolescentes deberán recibir apoyo psicosocial especializado por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que puedan permanecer con su hijo o hija, o para otorgar el consentimiento libre e informado. El consentimiento del padre o madre menor de dieciocho (18) años tendrá validez si se manifiesta con el lleno de los requisitos establecidos en el presente artículo. En este caso estarán asistidos por sus padres, o personas que los tengan bajo su cuidado y por el Ministerio Público.

#### **2. Decisión**

Declarar **EXEQUIBLE** la expresión "*cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal o Ciencias Forenses*", contenida en el inciso tercero del artículo 66 de la Ley 1098 de 2006, por los cargos analizados en al presente sentencia, y en el entendido que solo se tendrá por establecida la falta del padre o la madre, o de quienes detentan la patria potestad, cuando la valoración realizada por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses concluya la imposibilidad para otorgar su consentimiento válido e idóneo legal y constitucionalmente.

### 3. Síntesis de los fundamentos

El artículo 66 de la Ley 1098 de 2006 establece las reglas sobre el consentimiento válido e idóneo constitucionalmente, que pueden otorgar los padres para la adopción a sus hijos o hijas menores de edad. Para ello, establece una serie de reglas y en el inciso demandado parcialmente, se establecen dos situaciones en las que ese consentimiento no es necesario: cuando los padres faltan por haber fallecido o cuando los aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica. Para resolver el cargo formulado, la Corte integró la unidad normativa del segmento demandado con la expresión que alude a la certificación de esta enfermedad por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

El problema jurídico planteado consistió en definir si el enunciado normativo acusado es inconstitucional por no tener en cuenta aspectos constitucionales trascendentales como el derecho fundamental a la familia y no ser separado de ella (art. 5º C. Po.), los derechos de los niños, la prevalencia del interés superior del menor (arts. y 44 C.Po.) y los derechos de las personas en estado de discapacidad.

La Corte advirtió que la norma niega la posibilidad de otorgar consentimiento frente a la adopción a toda persona que padezca una enfermedad mental o grave anomalía psíquica, sin realizar distinciones sobre la clase de discapacidad de que se trata, de si es una enfermedad mental relativa o absoluta, curable o incurable, o de qué tipo de grave anomalía se habla, y sobre todo sin hacer precisiones sobre la capacidad mental y jurídica de estas personas, que aún padeciendo estas discapacidades, pueden realizar una manifestación de voluntad válida civilmente e idónea constitucionalmente para la adopción de sus hijos, de manera que puedan dar su consentimiento para la adopción con el lleno de los requisitos de ley, esto es, libre, voluntario, informado, asesorado, apto y exento de error, fuerza y dolo y con objeto y causa lícitos. El aparte demandado del artículo 66 presupone que a las personas que aqueja alguna enfermedad mental no se encuentran en condiciones de dar su consentimiento válido e idóneo, con el lleno de los requisitos exigidos por la propia ley, la jurisprudencia de esta Corte y los estándares internacionales en la materia.

En principio, la Corporación encontró que la disposición demandada se inspira en una finalidad constitucional legítima, como lo es la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes con prevalencia del interés superior del menor, en aquellos casos extremos cuando el legislador presupone implícitamente que están amenazados en su vida, integridad y bienestar integral por el estado de enfermedad mental o psíquica que sufran sus padres, situación que llevaría consigo la necesidad de una intervención del Estado con el fin de adelantar proceso de adopción sin el consentimiento de los progenitores.

No obstante, la Corte consideró que la norma, tal como está formulada por el legislador, termina por afectar la protección a la institución de la familia y el derecho a no ser separado de ella, los derechos de los niños, niñas y adolescentes y la prevalencia del interés superior del menor de edad, así como los requisitos para la adopción, ya que se configuraría un trato desigual y discriminatorio para las personas en estado de discapacidad en razón de la misma y desconocería por tanto los derechos de los padres que se encuentran en situación de discapacidad.

En consecuencia y en aplicación de los principios *pro legislatore* y de *conservación del derecho*, la Corte determinó que debía excluirse del ordenamiento jurídico la interpretación del precepto acusado que resulta abiertamente contraria a la Constitución. Tal como está redactada la norma, establece una diferenciación discriminatoria *a priori*, respecto de la personalidad jurídica y de la capacidad jurídica entre los padres y madres de dar su consentimiento para la adopción de su hijo, cuando tienen una enfermedad mental frente a quienes no la tienen. Con ello se desconoce además, la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad. La Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad y algunas observaciones generales del Comité de la ONU sobre los derechos de estas personas. A su juicio, la disposición demandada debe ser entendida desde el *modelo social* adoptado por la jurisprudencia constitucional que reconoce la garantía efectiva del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, mediante la implementación de medidas de inclusión social a favor de las personas en situación de discapacidad, para asegurar a estas personas el ejercicio efectivo de sus derechos, de conformidad con los artículos 13, 14 y 47 de la Constitución.

Para la Corte, solo puede considerarse que falte el padre o madre por causa de enfermedad mental o psíquica, para efectos de manifestar su consentimiento en la adopción de su hijo, cuando se tenga establecido en un caso concreto, mediante valoración realizada por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que concluya en la imposibilidad para otorgar un consentimiento idóneo legal y constitucionalmente. En este sentido, condicionó la exequibilidad de la expresión demandada que se integró a la frase final que hace mención a dicho instituto.

#### 4. **Aclaraciones de voto**

Los magistrados **Luis Guillermo Guerrero Pérez** y **Gabriel Eduardo Mendoza Martelo** manifestaron su intención de presentar aclaraciones de voto, sobre las consideraciones y fundamentos de la anterior decisión.

### **LA HABILITACIÓN DE PUERTOS PRIVADOS PARA EL TRANSPORTE DE CARBÓN, CUMPLE CON LOS REQUISITOS DE CONEXIDAD, AUSENCIA DE ARBITRARIEDAD, INTANGIBILIDAD, NECESIDAD, INCOMPATIBILIDAD Y PROPORCIONALIDAD EXIGIDOS DE LAS MEDIDAS DE EMERGENCIA**

## **II. EXPEDIENTE RE-220 - SENTENCIA C-742/15 (Diciembre 2)** M.P. María Victoria Calle Correa

### 1. **Norma revisada**

#### **DECRETO 1977 DE 2015** (Octubre 6)

*Por el cual se desarrolla el Decreto 1770 del 7 de septiembre de 2015 y se dicta una medida temporal y excepcional para los puertos carboneros concesionados de servicio privado.*

#### **EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,**

en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas por el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994 y en desarrollo del Decreto 1770 del 7 de septiembre de 2015, y

#### **CONSIDERANDO:**

Que en los términos del artículo 215 de la Constitución Política de Colombia, el Presidente de la República con la firma de todos los ministros, en caso de que sobrevengan hechos distintos a los previstos en los artículos 212 y 213 de la Constitución Política, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá declarar el estado de emergencia.

Que según la misma norma constitucional, una vez declarado el estado de emergencia, el Presidente, con la firma de todos los ministros, podrá dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Que estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes.

Que mediante el Decreto 1770 de 2015, el Gobierno nacional declaró por el término de treinta (30) días el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en los municipios de La Jagua del Pilar, Urumita, Villanueva, El Molino, San Juan del Cesar, Fonseca, Barrancas, Albania, Maicao, Uribia y Hato Nuevo en el departamento de La Guajira; Manaure-Balcón del Cesar, La Paz, Agustín Codazzi, Becerril, La Jagua de Ibirico, Chiriguana y Curumaní en el departamento del Cesar; Toledo, Herrán, Ragonvalia, Villa del Rosario, Puerto Santander, Área Metropolitana de Cúcuta, Tibú, Teorama, Convención, El Carmen, El Zulia, Salazar de las Palmas y Sardinata en el departamento de Norte Santander; Cubará en el departamento de Boyacá; Cravo Norte, Arauca, Arauquita y Saravena en el departamento de Arauca; La Primavera, Puerto Carreño y Cumaribo en el departamento del Vichada, e Inírida del departamento de Guainía; con el fin de contrarrestar los efectos de la decisión del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela de cerrar la frontera con Colombia.

Que en el citado decreto se indicó que gran parte del intercambio comercial que se realiza con la República Bolivariana de Venezuela se materializa en el transporte y habilitación de centros de acopio vinculados al proceso de explotación de minerales, al punto que cuatro municipios de Norte de Santander (El Zulia, Salazar de las Palmas, Sardinata y Cúcuta) producen algo más del 80% del carbón del departamento, mineral que se despacha por puertos del vecino país.

Que como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno de Venezuela, los pequeños productores de carbón de Norte de Santander, que usaban los puertos de Maracaibo y La Ceiba en Venezuela para sus exportaciones, están enfrentando pérdidas por US\$175.000 por cada día de cierre de la frontera.

Que en estas condiciones, el cierre de las fronteras afecta definitivamente el intercambio comercial de este mineral y podría generar una amenaza ecológica, pues no obstante la medida adoptada mediante el Decreto 1802 de 2015, aún se encuentran represadas miles de toneladas de carbón en centros de acopio de los municipios cobijados por la declaratoria de emergencia.

Que lo anterior perjudica el empleo asociado a la actividad de explotación y comercialización del carbón y perturba el orden social derivado de la misma, como quiera que siete mil (7.000) trabajadores se encuentran vinculados directamente al proceso productivo y de extracción en los municipios de Norte de Santander cobijados por la declaración de emergencia y no menos de 24 mil trabajadores se relacionan con actividades indirectas de transporte, centros de acopio, servicios de exportación y servicios a la minería.

Que en el Decreto 1802 de 2015 se afirmó que para evitar las consecuencias negativas de orden económico y social producidas por el cierre de la frontera con Venezuela ya descritas y, por tanto, garantizar que el carbón que se produce en los municipios de Norte de Santander cobijados por la declaración de emergencia sea movilizado por el territorio nacional en dirección a los puertos del Mar Caribe para su exportación, se debe usar la vía férrea disponible, por ser este el medio de transporte menos contaminante, más expedito y de bajo precio, que cuenta con la infraestructura requerida para el efecto, y cuyo concesionario ha adoptado medidas efectivas para proteger los derechos fundamentales de los habitantes de los municipios de Bosconia, Algarrobo, Fundación y Zona Bananera.

Que de conformidad con lo dispuesto en los numerales 14, 15 y 24 del artículo 5o de la Ley 1ª de 1991 “Estatuto de Puertos Marítimos”, mientras los puertos privados únicamente pueden transportar la carga de la sociedad concesionaria del puerto o de las sociedades jurídica o económicamente vinculadas a esta, los puertos públicos pueden movilizar la carga de los terceros que se sujeten a las tarifas y condiciones fijadas por aquellos.

Que en concordancia con el artículo 17 de la misma ley, para que una sociedad portuaria pueda cambiar las condiciones en las cuales se le aprobó una concesión portuaria, debe obtener permiso previo y escrito de la entidad concedente, que solo lo otorgará si con ello no se infiere perjuicio grave e injustificado a terceros, y si el cambio no es de tal naturaleza que desvirtúe los propósitos de competencia en los que se inspira la ley. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2.3.3.3.5. del Decreto 1079 de 2015, este procedimiento para la modificación de los contratos de concesión tarda aproximadamente cuatro (4) meses.

Que el artículo 19 de la Ley 1ª de 1991 establece que las tarifas por el uso de los puertos públicos se deben ajustar a lo dispuesto para el efecto por la Superintendencia de Puertos y Transporte, y que las sociedades portuarias que operan puertos de servicio privado, podrán fijarlas libremente.

Que conforme lo disponen los artículos 5.2 y 7o de la Ley 1ª de 1991, en virtud del contrato de concesión portuaria, las sociedades portuarias públicas y privadas deben pagar una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos. .

Que la vía ferroviaria de que trata el Decreto 1802 de 2015 se encuentra comunicada con los puertos públicos denominados Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta y Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S. A., los cuales presentan dificultades técnicas de carácter estructural relacionadas, principalmente, con su capacidad para permitir el ingreso y descargue de un tren de la magnitud requerida para la movilización del carbón represado y que se produzca en los municipios cobijados por el Decreto 1770 de 2015, y la insuficiencia de equipo rodante compatible con el sistema de descargue que existe en dichos puertos.

Que para solucionar estos inconvenientes sería necesario invertir cuantiosos recursos en infraestructura y equipos, cuyos resultados solo producirán impacto a largo plazo.

Que dadas las dificultades técnicas detectadas para el acceso a los puertos de servicio público conectados a la vía ferroviaria referida en el Decreto 1802 de 2015 y la imposibilidad inmediata de solventarlas, y en razón de las limitaciones previstas en el numeral 14 del artículo 5o de la Ley 1 de 1991 para que los puertos privados movilicen la carga de terceros, se hace necesario autorizar la movilización del carbón que se produzca en los municipios de Norte de Santander cobijados por la declaración de emergencia, a través de los puertos de servicio privado de la Costa Caribe destinados a la movilización de carbón, mientras permanezca cerrada la frontera con la República Bolivariana de Venezuela y por el término en que se prolonguen sus efectos.

Que para contrarrestar las consecuencias negativas de orden económico y social producidas por el cierre de la frontera con Venezuela ya descritas, corresponde garantizar el sometimiento de los puertos privados al régimen tarifario de los puertos públicos, a fin de evitar toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o crear prácticas restrictivas de la misma.

Que para disminuir las tarifas por el uso de los puertos públicos y privados que deberán pagar los productores del carbón que se extrae en los municipios cobijados por el Decreto 1770 de 2015, y como quiera que dichas tarifas deben remunerar los costos y gastos típicos de la operación portuaria, entre los cuales se encuentra la contraprestación establecida en el numeral 2 del artículo 5o y el artículo 7o de la Ley 1ª de 1991, se hace necesario que los volúmenes de carga de este mineral no sean tenidos en cuenta para efecto de la liquidación y pago de la contraprestación que deben cancelar los puertos en virtud de los contratos de concesión portuaria.

En mérito de lo expuesto,

#### **DECRETA:**

**ARTÍCULO 1o. AUTORIZACIÓN.** Autorizar la movilización del carbón que se produzca en los municipios de Norte de Santander cobijados por la declaración de emergencia de que trata el Decreto 1770 de 2015, a través de los puertos de servicio privado de la Costa Caribe destinados a la movilización de carbón, mientras permanezca cerrada la frontera con la República Bolivariana de Venezuela y por el término en que se prolonguen sus efectos.

**PARÁGRAFO.** Para la movilización de la carga de que trata el presente decreto, los puertos de servicio privado se sujetarán a lo dispuesto en su reglamento de condiciones técnicas de operación para la prestación de los servicios.

**ARTÍCULO 2o. TARIFAS.** Las tarifas por uso de las instalaciones de los puertos privados, derivada de la movilización de carbón proveniente de los municipios de Norte de Santander cobijados por el Decreto 1770 de 2015, se sujetarán a lo dispuesto sobre el particular para los puertos de servicio público.

**ARTÍCULO 3o. CONTRAPRESTACIÓN.** Los volúmenes de carga de carbón provenientes de los municipios de Norte de Santander cobijados por la declaración de emergencia de que trata el Decreto 1770 de 2015, movilizados por los puertos de servicio público o privado en los términos del presente decreto, no serán tenidos en cuenta para efecto de la liquidación y pago de la contraprestación que estos deben cancelar en virtud de los contratos de concesión portuaria.

**PARÁGRAFO.** Para el cumplimiento de lo dispuesto en el inciso anterior, el concesionario deberá informar a la Superintendencia de Puertos y Transporte y a la Agencia Nacional de Infraestructura, los volúmenes movilizados en vigencia de la autorización prevista en el artículo 1o del presente decreto, discriminando la carga propia de la proveniente de los municipios de Norte de Santander cobijados por la declaración de emergencia de que trata el Decreto 1770 de 2015, para lo de su competencia.

**ARTÍCULO 4o.** El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

## **2. Decisión**

Declarar **EXEQUIBLE** el Decreto 1977 de 6 de octubre de 2015, *"Por el cual se desarrolla el Decreto 1770 del 7 de septiembre de 2015 y se dicta una medida temporal y excepcional para los puertos carboneros concesionados de servicio privado"*.

## **3. Síntesis de los fundamentos**

El Decreto Legislativo 1977 de 2015 permite el transporte de carbón que se produce en un conjunto de municipios del Norte de Santander cobijados por el estado de emergencia, a través de puertos marítimos privados. Por este servicio se pagará la misma suma de dinero que reciben los puertos públicos y al momento de calcular la contraprestación que las sociedades portuarias deben pagar al Estado por concepto de la concesión, se excluirán los volúmenes transportados en ejecución de estas medidas. Con esta medida, se pretende superar el deterioro del comercio y las dificultades para el transporte del carbón hacia Venezuela desde los municipios cobijados por las medida de excepción, por lo cual, la Corte consideró que existía conexidad con la situación de emergencia generada por el cierre unilateral de la frontera con Venezuela.

Si bien es cierto que el decreto examinado adopta medidas que en alguna forma intervienen el principio de autonomía de la voluntad, al imponerle a los puertos de servicio privado que transporten carbón bajo las tarifas de los puertos públicos, también lo es, que no les prohíbe continuar con el normal ejercicio de sus negocios y en cambio prevé salvaguardas de sus intereses, dado que establece las tarifas que deberán pagar de acuerdo a un esquema definido por el Estado, pero diseñado para no generar pérdidas en la operación. Por ello, no se encontraron razones para suponer que se atenta contra el núcleo esencial de este derecho, ni una alteración definitiva del régimen constitucional y legal que regula las materias portuarias. De igual modo, las medidas adoptadas a través del Decreto 1977 de 2015 también superan el juicio de intangibilidad, puesto que no tocan ni interfieren el ejercicio de ninguno de los derechos mencionados en el artículo 4º de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción.

Cumplida la carga de evaluar las posibilidades que existían como alternativas al uso de los puertos de Maracaibo y La Ceiba ubicados en el territorio venezolano, para el traslado del carbón entre Norte Santander y Venezuela, la Corte concluyó que las medidas adoptadas por el Decreto Legislativo 1977 de 2015 cumplen con el requisito de finalidad, en cuanto están directa y específicamente encaminadas a conjurar las causas de la crisis y evitar la extensión de sus efectos. Además, estima que es razonable concluir que la medida escogida por el Gobierno tienen cierto nivel de eficacia e idoneidad para alcanzar la finalidad de transportar el carbón producido en diversos municipios de Norte de Santander, respetando los márgenes de apreciación del Gobierno. Al mismo tiempo, permite solventar la falta de capacidad de los puertos públicos para recibir y descargar trenes de más de cien vagones y los obstáculos legales previstos en la Ley 1ª de 1991 y el Estatuto de Pesca. De esta forma, las condiciones propias de los juicios de necesidad y de compatibilidad se encuentran satisfechas.

Por último, la Corte estableció que la afectación del principio democrático, como un elemento propio de la naturaleza de la emergencia que se enfrenta en lo que tiene que ver con los impactos comerciales, es una afectación de intensidad leve, toda vez que el interés general que envuelve el servicio de transporte, el mandato de intervención en la economía

y el interés social y ecológico de la propiedad, determinan que es razonable que los concesionarios privados deba ceder en sus intereses ante una situación de emergencia que potencialmente podrían afectar 28 mil empleos, generar pérdidas notorias en los pequeños productores y crear efectos ecológicos considerables. Así mismo, se reitera que el decreto no ordena la prestación del servicio sin remuneración sino percibiendo la que corresponde a los puertos de servicio privado, que está pensada para sustentar su sistema de costos y que en términos generales, reportaría un margen de ganancia. En cambio, la habilitación de puertos privados parece una medida que podría contribuir en alto grado a solucionar el problema del represamiento del carbón en los municipios de Norte de Santander cobijados por las medidas de excepción del Decreto 1770 de 2015, así que la satisfacción del fin perseguido puede concebirse como alta o intensa.

Dado que las normas contenidas en el Decreto legislativo 1977 de 2015 cumplen los requisitos formales y materiales de validez constitucional y que esa circunstancia se encuentra motivada de manera clara y suficiente en el cuerpo de esta normativa, se concluye que se superan cada uno de los juicios previstos en la jurisprudencia controlar las decisiones propias de un estado de emergencia económica, social y cultural, la Corte Constitucional declarará su exequibilidad.

**LAS REGLAS DE AMNISTÍA TRIBUTARIA PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 57 DE LA LEY 1739 DE 2014 NO SUPERAN EL JUICIO ESTRICTO DE PROPORCIONALIDAD QUE SE EXIGE DE MEDIDAS QUE EN PRINCIPIO QUEBRANTAN LA IGUALDAD Y EQUIDAD ENTRE LOS CONTRIBUYENTES. POR CONSIGUIENTE, FUERON DECLARADAS INEXEQUIBLES**

**III. EXPEDIENTE D-10838 - SENTENCIA C-743/15 (Diciembre 2)**  
M.P. Myriam Ávila Roldán

**1. Norma acusada**

**LEY 1739 DE 2014**  
(Diciembre 23)

*Por medio de la cual se modifica el Estatuto Tributario, la Ley 1607 de 2012, se crean mecanismos de lucha contra la evasión y se dictan otras disposiciones*

**ARTÍCULO 57. CONDICIÓN ESPECIAL PARA EL PAGO DE IMPUESTOS, TASAS Y CONTRIBUCIONES, TRIBUTOS ADUANEROS Y SANCIONES.** Dentro de los diez (10) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, los sujetos pasivos, contribuyentes o responsables de los impuestos, tasas y contribuciones, quienes hayan sido objeto de sanciones tributarias, aduaneras o cambiarias, que sean administradas por las entidades con facultades para recaudar rentas, tasas, contribuciones o sanciones del nivel nacional, que se encuentren en mora por obligaciones correspondientes a los períodos gravables o años 2012 y anteriores, tendrán derecho a solicitar, únicamente en relación con las obligaciones causadas durante dichos períodos gravables o años, la siguiente condición especial de pago:

1. Si se produce el pago total de la obligación principal hasta el 31 de mayo de 2015, los intereses y las sanciones actualizadas se reducirán en un ochenta por ciento (80%).
2. Si se produce el pago total de la obligación principal después del 31 de mayo y hasta la vigencia de la condición especial de pago, los intereses y las sanciones actualizadas se reducirán en un sesenta por ciento (60%).

Cuando se trate de una resolución o acto administrativo mediante el cual se imponga sanción dineraria de carácter tributario, aduanero o cambiario, la presente condición especial de pago aplicará respecto de las obligaciones o sanciones exigibles desde el año 2012 o anteriores, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

1. Si se produce el pago de la sanción hasta el 31 de mayo de 2015, la sanción actualizada se reducirá en el cincuenta por ciento (50%), debiendo pagar el cincuenta por ciento (50%) restante de la sanción actualizada.
2. Si se produce el pago de la sanción después del 31 de mayo de 2015 y hasta la vigencia de la condición especial de pago, la sanción actualizada se reducirá en el treinta por ciento (30%), debiendo pagar el setenta por ciento (70%) de la misma.

Cuando se trate de una resolución o acto administrativo mediante el cual se imponga sanción por rechazo o disminución de pérdidas fiscales, la presente condición especial de pago aplicará respecto de las obligaciones o sanciones exigibles desde el año 2012 o anteriores, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

1. Si se produce el pago de la sanción hasta el 31 de mayo de 2015, la sanción actualizada se reducirá en el cincuenta por ciento (50%) debiendo pagar el cincuenta por ciento (50%) restante de la sanción actualizada.



2. Si se produce el pago de la sanción después del 31 de mayo de 2015 y hasta la vigencia de la condición especial de pago, la sanción actualizada se reducirá en el treinta por ciento (30%) debiendo pagar el setenta por ciento (70%) de la misma.

**PARÁGRAFO 1o.** A los responsables del impuesto sobre las ventas y agentes de retención en la fuente por los años 2012 y anteriores que se acojan a lo dispuesto en este artículo, se les extinguirá la acción penal, para lo cual deberán acreditar ante la autoridad judicial competente el pago a que se refiere la presente disposición.

**PARÁGRAFO 2o.** Este beneficio también es aplicable a los contribuyentes que hayan omitido el deber de declarar los impuestos administrados por la UAE-DIAN por los años gravables de 2012 y anteriores, quienes podrán presentar dichas declaraciones liquidando la correspondiente sanción por extemporaneidad reducida al veinte por ciento (20%), siempre que acrediten el pago del impuesto a cargo sin intereses y el valor de la sanción reducida y presenten la declaración con pago hasta la vigencia de la condición especial de pago prevista en esta ley.

**PARÁGRAFO 3o.** <Inciso corregido por el artículo 4 del Decreto 1050 de 2015. El texto corregido es el siguiente:> Este beneficio también es aplicable a los agentes de retención que hasta el 30 de octubre de 2015, presenten declaraciones de retención en la fuente en relación con períodos gravables anteriores al 1o de enero de 2015, sobre los cuales se haya configurado la ineficacia consagrada en el artículo 580-1 del Estatuto Tributario, quienes no estarán obligados a liquidar y pagar la sanción por extemporaneidad ni los intereses de mora.

Los valores consignados a partir de la vigencia de la Ley 1430 de 2010, sobre las declaraciones de retención en la fuente ineficaces, en virtud de lo previsto en este artículo, se imputarán de manera automática y directa al impuesto y período gravable de la declaración de retención en la fuente que se considera ineficaz, siempre que el agente de retención presente en debida forma la respectiva declaración de retención en la fuente, de conformidad con lo previsto en el inciso anterior y pague la diferencia, de haber lugar a ella.

Lo dispuesto en este párrafo aplica también para los agentes retenedores titulares de saldos a favor igual o superior a ochenta y dos mil (82.000) UVT con solicitudes de compensación radicadas a partir de la vigencia de la Ley 1430 de 2010, cuando el saldo a favor haya sido modificado por la administración tributaria o por el contribuyente o responsable.

**PARÁGRAFO 4o.** No podrán acceder a los beneficios de que trata el presente artículo los deudores que hayan suscrito acuerdos de pago con fundamento en el artículo 7o. de la Ley 1066 de 2006, el artículo 1o. de la Ley 1175 de 2007 y el artículo 48 de la Ley 1430 de 2010 y artículos 147, 148 y 149 de la Ley 1607 de 2012, que a la entrada en vigencia de la presente ley se encuentren en mora por las obligaciones contenidas en los mismos.

**PARÁGRAFO 5o.** Lo dispuesto en el anterior párrafo no se aplicará a los sujetos pasivos, contribuyentes, responsables y agentes de retención que a la entrada en vigencia de la presente ley, hubieren sido admitidos en procesos de reorganización empresarial o en procesos de liquidación judicial de conformidad con lo establecido en la Ley 1116 de 2006, ni a los demás sujetos pasivos, contribuyentes, responsables y agentes de retención que a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, hubieran sido admitidos en los procesos de reestructuración regulados por la Ley 550 de 1999, la Ley 1066 de 2006 y por los Convenios de Desempeño.

**PARÁGRAFO 6o.** Los sujetos pasivos, contribuyentes o responsables de los impuestos, tasas y contribuciones de carácter territorial podrán solicitar al respectivo ente territorial, la aplicación del presente artículo, en relación con las obligaciones de su competencia.

**PARÁGRAFO 7o.** Facúltese a los entes territoriales para aplicar condiciones especiales para el pago de impuestos, de acuerdo con su competencia.

**PARÁGRAFO 8o.** El término previsto en el presente artículo no aplicará para los contribuyentes que se encuentren en liquidación forzosa administrativa ante una Superintendencia, o en liquidación judicial los cuales podrán acogerse a esta facilidad por el término que dure la liquidación.

## 2. Decisión

Declarar **INEXEQUIBLE** el artículo 57 de la Ley 1739 de 2014 "*Por medio de la cual se modifica el Estatuto Tributario, la Ley 1607 de 2012, se crean mecanismos de lucha contra la evasión y se dictan tras disposiciones*", con excepción de su párrafo primero respecto del cual la Corte se **INHIBE** de emitir un pronunciamiento de fondo.

## 3. Síntesis de los fundamentos

La Corte reafirmó los lineamientos que ha trazado en relación con el deber de contribuir a financiar los gastos e inversiones del Estado dentro de los conceptos de justicia y equidad (art. 95 C.Po.), el margen de configuración del legislador en materia tributaria, fundado en el principio democrático (arts. 150.12, 154 y 338 C.Po.) y el diseño de un sistema tributario sujeto a los principios de eficiencia, equidad y progresividad, cuyas leyes no se pueden aplicar de manera retroactiva (arts. 363 C.Po.). De manera específica, reiteró que además de estos límites, el margen de configuración del legislador no puede ejercerse de manera arbitraria, valga decir, de modo que no sea posible justificarlo conforme a la Constitución; tampoco, puede contrariar a los derechos fundamentales. Así mismo, recordó que dentro de ese margen de configuración, el legislador puede establecer exenciones a los tributos,

con respeto de la iniciativa del Gobierno en la materia (art. 154 C.Po.), la prohibición relativa a los tributos propios de las entidades territoriales (art. 294 C.Po.) y los límites que se siguen del derecho a la igualdad (art. 13 C.Po.), del deber general de contribuir (art. 95.9 C.Po.), y de los principios del sistema tributario (art. 363 C.Po.).

En particular, la Corte reiteró los criterios estrictos conforme a los cuales se debe juzgar la constitucionalidad de las amnistías y saneamientos en materia tributaria, medidas que deben ser estrictamente necesarias para alcanzar la finalidad propuesta, por cuanto los problemas de eficiencia o eficacia del aparato estatal no pueden resolverse a costa de la igualdad tributaria y de la abdicación del Estado de derecho, que se funda no solo en el respeto de los derechos, sino también en el acatamiento de los deberes y en la seguridad de que el Estado impondrá su observancia. Recordó, que la ley no puede restarle efectividad a los deberes de solidaridad y en especial al de tributación y reafirmó que las amnistías tributarias, transformadas en práctica constante, erosionan la justicia y la equidad tributaria.

En el presente caso, el demandante cuestiona la constitucionalidad de las reglas que en el artículo 57 de la Ley 1739 de 2014 prevén la reducción o eliminación de las cargas tributarias, en concreto, las medidas que en dicho artículo reducen o eliminan los intereses o las sanciones. Para ello, era necesario determinar si las medidas adoptadas por el legislador constituían una amnistía.

Después de analizar las ocho medidas previstas en el artículo 57 acusado, la Corte concluyó que ante el incumplimiento de obligaciones tributarias, se introduce una medida que se denomina como *condición especial de pago* para inhibir o atenuar las consecuencias adversas de dicho incumplimiento, la cual, en efecto, constituye una amnistía tributaria. Es así como, se prevé (i) la reducción de la sanción y de los intereses, por el pago de obligaciones tributarias que se encuentren en mora, causadas durante los periodos gravables 2012 y anteriores; (ii) la reducción de la sanción, por el pago de sanciones de carácter tributario, aduanero o cambiario; y (iii) la eliminación de los intereses y reducción de la sanción por presentación de declaración omitida y pago del impuesto a cargo por los años 2012 y anteriores. Además, adopta medidas directamente relacionadas con las condiciones especiales de pago, previendo su aplicación en el nivel territorial, prescribiendo su inaplicación en algunos casos y extendiendo en hipótesis específicas el término para acogerse a las medidas que allí se establecen.

A juicio de la Corte, las reglas contenidas en el artículo 57 de la Ley 1739 de 2014 que instrumentan las medidas de amnistía tributaria, no superan el juicio estricto de proporcionalidad. Si bien las medidas adoptadas persiguen un fin constitucionalmente imperioso, en cuanto buscan optimizar las actividades de recaudo de las obligaciones tributarias pendientes de pago, de las cuales depende en buena medida el cumplimiento efectivo de las funciones del Estado Social, no es posible considerarlas como efectivamente conducentes. Para la corporación, no cabe duda que la creación regular de medidas tributarias de amnistía puede resultar contraproducente para alcanzar el propósito de obtener oportunamente la contribución a cargo de cada uno de los ciudadanos. Aunque a corto plazo las amnistías permiten alcanzar valiosos objetivos de política fiscal en tanto facilitan el recaudo y amplían la base tributaria sin incurrir en los costos que generan los mecanismos de fiscalización y sanción, cuando se transforman en práctica constante pueden desestimular a los contribuyentes de cumplir a tiempo con sus obligaciones tributarias, ante la expectativa de aguardar hasta la próxima amnistía y así beneficiarse de un tratamiento fiscal más benigno del que se dispensa a quienes atendieron sus obligaciones puntualmente. En últimas, la proliferación de este tipo de mecanismos puede conducir a que, en términos económicos, resulte irracional pagar a tiempo los impuestos.

La Corte encontró que una disposición con reglas semejantes estaba prevista en el artículo 149 de la Ley 1607 de 2012. En esta norma se establecía también una *condición especial de pago* respecto de obligaciones tributarias en mora de los periodos gravables del año 2010 y anteriores. Esta circunstancia pone de manifiesto, que la creación de condiciones especiales de pago de las obligaciones tributarias se ha extendido en el tiempo, comprendiendo primero el período gravable del año 2010 y sus años anteriores y posteriormente, con la disposición que ahora se examina, los periodos correspondientes a 2011 y 2012. Esto evidencia la falta de conducencia de las medidas adoptadas, por cuanto su extensión en el tiempo puede resultar adversa a los objetivos que orientan el proceso de



recaudo tributario. A lo anterior, se agrega que la rebaja en los intereses por incumplimiento de las obligaciones tributarias, no cubra la suma de dinero que en vigencias anteriores ha debido ser desembolsada, si se tiene en cuenta que los intereses moratorios tienen entre otros propósitos, asegurar la corrección de la pérdida del valor del dinero.

Aunque las razones expuestas eran suficientes para declarar inexecutable las reglas establecidas en el artículo 57 de la Ley 1739 de 2014, que establecen una amnistía tributaria, la Corte encontró así mismo, que tales reglas eran además innecesarias, al utilizar uno de los medios más restrictivos de la igualdad y la equidad tributarias, creando incentivos para el pago de deudas ciertas, en lugar de utilizar los sistemas de cobro previstos para el efecto. El Estado admite desconocer los principios de igualdad y equidad en materia tributaria, implementando un tratamiento diferenciado que favorece a los contribuyentes morosos, al prescribir la inaplicación del régimen al que debían sujetarse. Los costos que lleva consigo el cobro administrativo pueden resultar en principio un argumento sugerente como justificación de la amnistía, pero resulta inaceptable porque impacta gravemente el principio de legalidad, el sometimiento de los ciudadanos al derecho al premiar el incumplimiento de una de las obligaciones ciudadanas más básicas. No resulta posible que por la propia ineficiencia del Estado pueda afectarse una idea tan cara al Estado de Derecho. Por otra parte, el artículo 814 del Estatuto Tributario prevé la posibilidad de que la administración conceda facilidades de pago hasta por cinco años respecto de las deudas relacionadas con los impuestos de renta y complementarios, sobre las ventas y la retención en la fuente.

Por último, la Corte determinó que las reglas de amnistía tributaria previstas en el citado artículo 57 no resultan, además proporcionadas en sentido estricto. La importancia de las razones que se han invocado como fundamento para la eliminación o la reducción de interés de mora y sanciones, no alcanza a justificar la gravedad de las restricciones que se han impuesto a los principios de igualdad y equidad tributaria y a la cláusula de Estado de Derecho. Con fundamentos en los argumentos enunciados, se declaró inexecutable el artículo 57 de la Ley 1739 de 2014, salvo el párrafo 1º, respecto del cual la Corte se inhibió de emitir un pronunciamiento de fondo, sobre el cual no se expuso un cargo de inconstitucionalidad por parte de la demandante.

#### **4. Salvamento y aclaraciones de voto**

El magistrado **Luis Guillermo Guerrero Pérez** manifestó su salvamento de voto en relación con la decisión anterior, toda vez que en su concepto, las medidas tributarias adoptadas por el legislador en el artículo 57 de la Ley 1739 de 2014 se justificaban desde el punto de vista constitucional, como parte de un conjunto de instrumentos para sanear la cartera pública y mejorar el recaudo de impuestos que por el transcurso del tiempo, se han convertido en deudas de difícil y muy costoso cobro.

A su juicio, a Corte ha debido tener en cuenta que, como lo observa el Ministerio de Hacienda en su intervención, se trata de obtener la puesta al día del pago de impuestos a cargo de contribuyentes que por algún motivo, no necesariamente ilegal o ilícito, no pudieron pagar oportunamente sus obligaciones tributarias y que hoy, en las condiciones económicas actuales, sus deudas por las sanciones e intereses moratorios, en un periodo breve de dos y tres años, alcanzan el doble de la obligación principal, lo que pone en riesgo su capacidad contributiva y al mismo tiempo su solvencia patrimonial y económica. Para estos contribuyentes, es una oportunidad de ponerse al día en sus obligaciones, que de no existir, los conduciría a perpetuarse en una situación de morosidad.

Consideró, que las reglas establecidas en el artículo 57 resultaban conducentes para obtener la finalidad buscada por el legislador, lo cual, según lo señalado por la Corte en la misma sentencia, es constitucionalmente legítimo. En su criterio, no se podía establecer *a priori* que una amnistía tributaria va a causar necesaria e indefectiblemente en el futuro, el deterioro del recaudo tributario. En consecuencia, la norma acusada ha debido ser declarada executable.

Por su parte, los magistrados **María Victoria Calle Correa**, **Myriam Ávila Roldán**, **Gabriel Eduardo Mendoza Martelo** y **Alberto Rojas Ríos** anunciaron la presentación de aclaraciones de voto relativas a los efectos de la presente decisión de inexecutable.

**EXISTENCIA DE COSA JUZGADA EN RELACIÓN CON LA NORMA QUE ESTABLECIÓ LA CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL AL COMBUSTIBLE, LA CUAL FUE DECLARADA INEXEQUIBLE MEDIANTE SENTENCIA T-726 DEL 25 DE NOVIEMBRE DE 2015**

**IV. EXPEDIENTE D-10686 - SENTENCIA C-744/15 (Diciembre 2)**  
M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

**1. Norma acusada**

**LEY 1739 DE 2014**  
(Diciembre 23)

*Por medio de la cual se modifica el estatuto tributario, la Ley 1607 de 2012, se crean mecanismos de lucha contra la evasión y se dictan otras disposiciones*

ARTÍCULO 69. CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL A COMBUSTIBLE. Créase el “Diferencial de Participación” como contribución parafiscal, del Fondo de Estabilización de Precios de Combustibles para atenuar las fluctuaciones de los precios de los combustibles, de conformidad con las Leyes 1151 de 2007 y 1450 de 2011. El Ministerio de Minas ejercerá las funciones de control, gestión, fiscalización, liquidación, determinación, discusión y cobro del Diferencial de Participación.

ARTÍCULO 70. ELEMENTOS DE LA CONTRIBUCIÓN “DIFERENCIAL DE PARTICIPACIÓN”.

1. Hecho generador: Es el hecho generador del impuesto nacional a la gasolina y ACPM establecido en el artículo 49 de la presente ley. El diferencial se causará cuando el precio de paridad internacional, para el día en que el refinador y/o importador de combustible realice el hecho generador, sea inferior al precio de referencia.

2. Base gravable: Resulta de multiplicar la diferencia entre el precio de referencia y el precio de paridad internacional, cuando esta sea positiva, por el volumen de combustible reportado en el momento de venta, retiro o importación; se aplicarán las siguientes definiciones:

a) Volumen de combustible: Volumen de gasolina motor corriente nacional o importada y el ACPM nacional o importado reportado por el refinador y/o importador de combustible;

b) Precio de referencia: Ingreso al productor y es la remuneración a refinadores e importadores por galón de combustible gasolina motor corriente y/o ACPM para el mercado nacional. Este precio se fijará por el Ministerio de Minas, de acuerdo con la metodología que defina el reglamento.

3. Tarifa: Ciento por ciento (100%) de la base gravable.

4. Sujeto Pasivo: Es el sujeto pasivo al que se refiere el artículo 49 de la presente ley.

5. Periodo y pago: El Ministerio de Minas calculará y liquidará el diferencial, de acuerdo con el reglamento, trimestralmente. El pago, lo harán los responsables de la contribución, a favor del Tesoro Nacional, dentro de los 15 días calendario siguientes a la notificación que realice el Ministerio de Minas sobre el cálculo del diferencial.

**2. Decisión**

**ESTARSE A LO RESUELTO** en la sentencia **C-726 de 2015** que declaró inexecutable los artículos 69 y 70 de la Ley 1739 de 2014.

**LA CREACIÓN LEGAL DE UN SISTEMA DE DEFENSA TÉCNICA Y ESPECIALIZADA DE MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA NO VULNERA LOS DERECHOS DE IGUALDAD Y DEBIDO PROCESO. EN ATENCIÓN AL MANDATO CONSTITUCIONAL PREVISTO EN EL ART. 282-4 DE LA CARTA POLÍTICA, LA DIRECCIÓN DE ESTE SISTEMA DE DEFENSORÍA PÚBLICA DEBE ESTAR A CARGO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO**

**V. EXPEDIENTE D-10786 - SENTENCIA C-745/15 (Diciembre 2)**  
M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

## 1. Norma acusada

### LEY 1698 DE 2013 (Diciembre 26)

*Por la cual se crea y organiza el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública, y se dictan otras disposiciones.*

#### TÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES.

**ARTÍCULO 1o. CREACIÓN DEL SISTEMA DE DEFENSA TÉCNICA Y ESPECIALIZADA DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA.** Créase el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública como un conjunto de políticas, estrategias, programas, medidas preventivas y herramientas jurídicas, técnicas, financieras y administrativas orientadas a garantizar a favor de los miembros de la Fuerza Pública que así lo soliciten, el derecho a la defensa y una adecuada representación en instancia disciplinaria e instancia penal ordinaria y especial en el orden nacional, internacional y de terceros estados por excepción, y con ello el acceso efectivo a la Administración de Justicia.

**ARTÍCULO 2o. OBJETO DEL SISTEMA DE DEFENSA TÉCNICA Y ESPECIALIZADA.** El Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública, es responsable de financiar los servicios jurídicos que garanticen a los miembros activos y retirados de la Fuerza Pública una adecuada representación, para materializar el derecho fundamental a la defensa en las instancias disciplinarias o jurisdicción penal ordinaria y especial en el orden nacional, internacional y de terceros Estados por excepción, previstas en la ley para cada caso, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto determine el Gobierno Nacional.

**ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL SISTEMA DE DEFENSA TÉCNICA Y ESPECIALIZADA DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA.** En la aplicación de esta ley se tendrán en cuenta los siguientes principios:

**Continuidad:** El servicio que brinda el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública se prestará sin interrupción desde el momento mismo en que se autoriza, salvo fuerza mayor o caso fortuito.

**Especificidad:** Los recursos apropiados para financiar el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública se destinarán al cumplimiento del objeto establecido en la presente ley y demás actividades conexas, complementarias y necesarias que constituyan directa e indirectamente un medio indispensable para el cumplimiento adecuado de los fines del Sistema.

**Calidad:** El servicio que brinda el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública se prestará con eficiencia y calidad, para lo cual sus órganos de administración implementarán los mecanismos de control y vigilancia que así lo garanticen.

**Accesibilidad:** Los miembros de la Fuerza Pública, activos o retirados, tendrán el derecho de acceder al servicio que brinda el Sistema de Defensa Técnica y Especializada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5o, 6o y 7o de la presente ley y con sujeción a la apropiación presupuestal disponible al momento de la solicitud.

**Gratuidad:** El servicio que brinda el Sistema de Defensa Técnica y Especializada se prestará a quien se autorice en forma oportuna y continua sin costo alguno, hasta por el monto de los recursos apropiados y disponibles.

**Oportunidad e idoneidad:** El Sistema de Defensa Técnica y Especializada garantizará el derecho a una defensa oportuna, especializada y con personal idóneo.

**Imparcialidad:** El defendido gozará de independencia, sin ninguna clase de restricción, influencia o presión.

**Especialidad:** Los defensores vinculados al Sistema de Defensoría Técnica deberán tener estudios en grado de especialización o maestría en derecho disciplinario, penal o procesal penal y experiencia en litigio penal o en disciplinario, así como conocimientos en derecho operacional o derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario. Los defensores seleccionados deberán registrarse en el Registro de Abogados del Sistema de Defensoría Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública que para tal efecto cree y administre Fondetec.

**ARTÍCULO 4o. CREACIÓN DEL FONDO.** Créase el Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública como una cuenta especial de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional, que hará parte del Ministerio de Defensa Nacional - Unidad de Gestión General, sin personería jurídica, con independencia patrimonial, el cual funcionará bajo la dependencia, orientación y coordinación del Ministerio de Defensa Nacional.

El Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública utilizará la sigla Fondetec.

Fondetec financiará el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública, siempre y cuando la falta o delito haya sido cometido en ejercicio de la misión constitucional asignada a la Fuerza Pública o con ocasión de ella.

**ARTÍCULO 5o. FINANCIACIÓN DEL SISTEMA DE DEFENSA TÉCNICA Y ESPECIALIZADA DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA.** Para el cumplimiento de los fines establecidos en el artículo 1o de la presente ley, el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública se financiará con los recursos que se apropien en el Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública, creado en virtud de la presente ley.

#### TÍTULO II COBERTURA Y EXCLUSIONES

**ARTÍCULO 6o. ÁMBITO DE COBERTURA.** El Sistema de Defensa Técnica y Especializada financiado por el Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública (Fondetec) se encargará de prestar a los miembros activos y retirados de la Fuerza Pública los servicios mencionados en el artículo 2o de esta ley, cuyo conocimiento sea avocado en materia disciplinaria por las autoridades disciplinarias y en materia penal por la jurisdicción penal ordinaria o penal militar y en subsidio la jurisdicción internacional vinculante por tratados internacionales debidamente ratificados por Colombia.

Así mismo, podrá prestarse el Servicio de Defensoría a los miembros de la Fuerza Pública ante terceros Estados.

En aquellas actuaciones que se encuentren en curso a la entrada en vigencia de la presente ley, se garantizará el derecho de defensa a los miembros de la Fuerza Pública que lo soliciten en los términos aquí señalados, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional.

El Servicio de Defensa Técnica y Especializada que financia Fondetec garantiza, como obligación de medio y no de resultado, un servicio oportuno, de calidad, continuo, especializado e ininterrumpido.

**ARTÍCULO 7o. EXCLUSIONES.** Se excluyen de la cobertura del Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública al que se refiere la presente ley, entre otras, aquellas conductas principales relacionadas con los delitos contra la administración pública, la libertad, integridad y formación sexuales, delitos contra la familia, violencia intrafamiliar, delitos contra la asistencia alimentaria, la extorsión, la estafa, lavado de activos, tráfico de estupefacientes, enriquecimiento ilícito, delitos contra la fe pública y los delitos contra la existencia y la seguridad del Estado y contra el régimen constitucional y legal definidos en los Títulos XVII y XVIII del Código Penal Colombiano, respectivamente.

### **TÍTULO III ADMINISTRACIÓN DEL FONDO.**

**ARTÍCULO 8o. ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN.** El Fondo contará para su administración con un Comité Directivo y un Director o Gerente.

**PARÁGRAFO.** El Director o Gerente del Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública (Fondetec) será de libre nombramiento y remoción del Ministro de Defensa Nacional. Su remuneración y régimen de prestaciones será el que determine el Gobierno Nacional, de conformidad con las normas vigentes.

**ARTÍCULO 9o. COMITÉ DIRECTIVO.** El Comité Directivo del Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública (Fondetec) estará integrado por:

1. El Ministro de Defensa Nacional o su delegado, quien lo presidirá.
2. El Comandante General de las Fuerzas Militares, o su delegado.
3. El Comandante del Ejército Nacional de Colombia, o su delegado.
4. El Comandante de la Fuerza Aérea Colombiana, o su delegado.
5. El Comandante de la Armada Nacional, o su delegado.
6. El Director General de la Policía Nacional, o su delegado.
7. Tres (3) representantes del Ministro de Defensa Nacional.
8. El Director o Gerente de Fondetec tendrá a su cargo la Secretaría Técnica del Comité, y asistirá con voz pero sin voto.

**PARÁGRAFO.** El Gobierno Nacional reglamentará el funcionamiento de los órganos de administración del Fondo.

### **TÍTULO IV RECURSOS Y OPERACIÓN DEL FONDO.**

**ARTÍCULO 10. RECURSOS DEL FONDO.** Los recursos del Fondo de Defensa Técnica y Especializada (Fondetec) provendrán de:

1. Las partidas que se le asignen en el Presupuesto Nacional.
2. Los recursos que para este propósito se destinen por parte del Fondo de Defensa Nacional del Ministerio de Defensa Nacional.
3. Los recursos de cooperación nacional e internacional que este gestione o se gestionen a su favor.
4. Las donaciones que reciba.
5. Los rendimientos financieros derivados de la inversión de sus recursos, y
6. Los demás recursos que obtenga o se le asignen a cualquier título.

**ARTÍCULO 11. FINALIDAD DE LOS RECURSOS.** Los recursos del Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública (Fondetec) destinados a la Defensa de los Miembros de la Fuerza Pública, tendrán por finalidad la financiación del Sistema de Defensa Técnica y Especializada y demás actividades relacionadas que constituyan directa o indirectamente un medio indispensable para el cumplimiento adecuado de los fines del Sistema y del objeto del Fondo.

**PARÁGRAFO 1o.** El Ministerio de Defensa Nacional y sus unidades ejecutoras podrán sufragar actividades relacionadas que constituyan directa o indirectamente un medio indispensable para el cumplimiento adecuado del objeto del Fondo y del Sistema de Defensa Técnica y Especializada, previo estudio de conveniencia elaborado por el Director del Fondo y viabilidad técnica y presupuestal expedida por el funcionario competente de la respectiva Unidad Ejecutora.

**PARÁGRAFO 2o.** Los gastos en que incurra Fondetec para la implementación y ejecución de la fiducia mercantil de que trata el artículo 12 de esta ley, incluida la comisión que se pagará a la fiduciaria, serán atendidos con cargo a los recursos del patrimonio autónomo.

**PARÁGRAFO 3o.** Para los efectos previstos en el presente artículo, también se podrán celebrar convenios con la Defensoría del Pueblo.

**ARTÍCULO 12. FIDUCIA MERCANTIL.** Los recursos del Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública (Fondetec) que ingresen al patrimonio autónomo serán administrados por la Fiduciaria La Previsora S. A., con quien el Ministerio de Defensa Nacional suscribirá el contrato de fiducia mercantil respectivo, para lo cual queda autorizado por la presente disposición.

Para todos los efectos legales la representación de dicho patrimonio autónomo la llevará la sociedad fiduciaria.

Los recursos serán invertidos observando los criterios de seguridad, solidez y rentabilidad del Estatuto Orgánico del Presupuesto.

**ARTÍCULO 13. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS Y RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN.**

Para efectos presupuestales, los recursos se entenderán ejecutados una vez los mismos sean transferidos al respectivo patrimonio autónomo, el cual sujetará sus actos y contratos a las normas y reglas del derecho privado, observando, en todo caso, los principios contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política.

**ARTÍCULO 14. TRANSFERENCIA DE OTROS BIENES.** Cualquier persona natural o jurídica, pública o privada u organismos internacionales de cooperación, podrán hacer donaciones o entregar bienes, servicios o transferir recursos al Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública, a título gratuito sin que se requiera para ello el procedimiento de insinuación.

Estas transferencias no otorgan a quien transfiere la condición de fideicomitente.

**ARTÍCULO 15. DE LA EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO.** Son causas de extinción del fideicomiso creado por esta ley:

1. La disolución y liquidación estatutaria de la sociedad fiduciaria.
2. La intervención administrativa de la sociedad fiduciaria dispuesta por la Superintendencia Financiera de Colombia, o la entidad que haga sus veces, para administrar sus negocios o para liquidarla.
3. La revocación decretada por el Ministro de Defensa Nacional.

En el evento de que ocurra cualquiera de las circunstancias antes enumeradas, el Fondo de Defensa Técnica y Especializa (Fondetec) subsistirá y, en consecuencia, la sociedad fiduciaria entregará la administración del mismo a la institución financiera que determine el Ministerio de Defensa Nacional.

## **TÍTULO V DISPOSICIONES FINALES.**

**ARTÍCULO 16. EJERCICIO DE LA DEFENSA POR PARTE DE PERSONAL UNIFORMADO.** El personal uniformado de las Fuerzas Militares que en servicio activo acredite título de abogado y se encuentre debidamente inscrito para su ejercicio, podrá ejercer la abogacía, cuando con ocasión de su cargo o empleo se le asignen funciones relacionadas con la defensa litigiosa de los intereses de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Fuerzas Militares ante la respectiva autoridad judicial o administrativa, según corresponda.

**ARTÍCULO 17.** La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las normas que le sean contrarias.

### **2. Decisión**

**Primero.-** Declarar **EXEQUIBLE** la Ley 1698 de 2013, "*Por la cual se crea y organiza el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública y se dictan otras disposiciones*", en relación con la violación de los artículos 13 y 29 de la Carta Política, conforme lo considerado en esta sentencia.

**Segundo.-** Declarar **EXEQUIBLE** la Ley 1698 de 2013, bajo el entendido que la dirección del Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública está a cargo del defensor del Pueblo, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 282-4 de la Constitución Política.

### **3. Síntesis de los fundamentos**

La Corte determinó que la Ley 1698 de 2013 no vulnera el principio de igualdad ni el debido proceso de los miembros de la fuerza pública. A su juicio, el Sistema de Defensa Técnica y Especializada desarrolla los compromisos internacionales que en esta materia tiene el Estado colombiano, específicamente, en lo que corresponde a proveer oficiosamente la defensa técnica, cuando el investigado no puede procurarse un abogado de confianza.

En este sentido, la Corte reitera que el juicio de igualdad debe hacerse entre sujetos que se encuentren en las mismas condiciones (igualdad entre iguales), por lo que al estar militares y policías en condiciones excepcionales de riesgo, se justifica el trato diferenciado que la regulación demandada les ofrece. Al respecto, recordó que lo genera discriminación y por ende, violación al derecho a la igualdad, es que aquel tratamiento desigual sea injustificado, lo cual no ocurre en el presente caso.

De otra parte, la corporación consideró que la decisión del legislador de crear múltiples sistemas de defensoría pública para optimizar la protección del derecho a la defensa técnica de manera específica y exclusiva a ciertos sectores de la población, en este caso, de los militares y policías, no lesiona la supremacía constitucional, por cuanto del margen de potestad de configuración que le asiste al legislador, puede focalizar su atención en grupos de población que por sus particularidades, requieran de alternativas de representación judicial diferenciada, teniendo en cuenta que ese tipo de medidas aumentan el estándar del servicio de defensoría pública que tiene como objeto la protección efectiva del derecho fundamental de defensa técnica.

En el caso de los miembros de la fuerza pública, la Corte recordó que en la sentencia C-044 de 2015, el *principio de correspondencia* justifica la creación de este sistema paralelo de defensoría pública, dado que en razón del riesgo permanente al que están expuestos sus integrantes en defensa de la independencia nacional, las instituciones públicas y los derechos de todas las personas (arts. 2 y 221 C.Po.), el Estado está obligado a garantizar su defensa técnica "teniendo en cuenta que hay un ejercicio legítimo de la fuerza, en la tarea que desarrollan".

No obstante, en virtud del efecto útil de las cláusulas constitucionales y concretamente de la atribución contenida en el artículo 282-4 superior, la Corte encontró necesario acudir a la figura de las sentencias integradoras y condicionar la exequibilidad de la ley *sub examine*, en el entendido que la dirección del Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la fuerza pública debe estar a cargo del Defensor del Pueblo, sin perjuicio que su administración esté en cabeza los órganos gubernamentales previstos por el legislador (art. 8, Ley 1698 de 2013), con lo cual se atiende además, el mandato constitucional de colaboración armónica entre las diferentes entidades del Estado.

Finalmente, en relación con el debido proceso, el tribunal constitucional tampoco encontró afectación alguna con la creación del mencionado Sistema de defensa Técnica y Especializada, puesto que la regulación legal y de las atribuciones asignadas a los órganos de administración de dicho Sistema, no se advierten injerencias ilegítimas que puedan restar eficacia a la labor de defensa técnica de los intereses de los miembros de la fuerza pública que requieren de ese servicio.

#### **4. Aclaraciones de voto**

Los magistrados **María Victoria Calle Correa** y **Luis Ernesto Vargas Silva** aclararon su voto en el mismo sentido que lo hicieron en la sentencia C-044 de 2015 respecto de la condiciones en que se debe prestar ese servicio de defensa técnica y especializada de los miembros de la fuerza pública.

**MARÍA VICTORIA CALLE CORREA**  
Presidenta (e)